

restitutievorderingen pas zijn ontstaan door de beëindigingshandelingen van de curator.⁶ Mijns inziens creëert de overeenkomst een wilsrecht tot het tot stand brengen van een verbintenis. Dat wilsrecht kan door de ontbinding/opzegging worden uitgeoefend. De uitoefening van het wilsrecht is dan een eenzijdige rechtshandeling die het ontstaan geeft aan een verbintenis tot het betalen van een schadevergoeding/boete. Deze analyse doet recht aan de rol die enerzijds de overeenkomst en anderzijds de ontbinding/opzegging speelt bij de totstandkoming van de verbintenis tot het betalen van een schadevergoeding/boete en is verzoenbaar met de rechtspraak van de Hoge Raad.

Men kan zich enige vragen stellen bij de gehanteerde onderzoeksmethode. Bij de beschrijving van de onderzoeksvraag komt niet duidelijk naar voren dat het onderzoek zal leiden tot een model van de eenzijdige rechtshandeling naar Nederlands recht. Als dit het beoogde resultaat van het onderzoek is, rijst de vraag of de keuze van het Engelse recht als inspiratiebron wel de meest zinvolle is. De Engelse *common law* en het Nederlandse continentale recht zijn immers zo verschillend dat het te verwachten is dat oplossingen uit het ene rechtstelsel niet eenvoudig naar het andere zullen kunnen worden getransplanteerd. De keuze voor het Duitse recht, dat een belangrijke inspiratiebron was voor de opstellers van het (nieuwe) Nederlandse Burgerlijk Wetboek lag daarentegen wel voor de hand. Daarnaast kon wellicht het Franse recht of het Belgische recht⁷ meer bruikbare elementen aanreiken. Als het product van

hedendaags Europees wetenschappelijk juridisch denkwerk konden wellicht ook de *Principles of European Contract Law* en het *Draft Common Frame of Reference* inspiratie bieden. Deze documenten bevatten weliswaar geen uitgebreide regeling van eenzijdige rechtshandelingen in het algemeen, maar erkennen wel de verbindende kracht van de eenzijdige belofte en bevatten ook regels voor andere rechtsfiguren die de auteur als eenzijdige rechtshandelingen kwalificeert, zoals het aanbod en de ontbinding. De auteur beperkt zich wat deze documenten betreft echter tot één zinnetje in de inleiding waar ze in het algemeen verwijst naar 'de verschillende initiatieven ter unificatie van Europees privaatrecht'.⁸

Deze kritiek doet echter niet af aan het feit dat Charlotte Spierings een indrukwekkende hoeveelheid juridische bronnen heeft bestudeerd, zeer grondig heeft geanalyseerd en op een uiterst heldere en weloverwogen wijze heeft becommentarieerd. Het boek, en vooral het laatste deel, waarin zij een model uitwerkt voor de eenzijdige rechtshandeling toont haar bekwaamheid tot synthese en systematisering, zonder de eigenheid van specifieke rechtsfiguren uit het oog te verliezen.

Voor de praktijk kan het boek nuttige diensten bewijzen als een naslagwerk dat een overzicht biedt van de verschillende in deel II besproken rechtsfiguren naar Nederlands recht. Deel III biedt inspiratie voor de oplossing van niet-expliciet in de wet geregelde vragen. De hoofdstukken 3 en 4 van deel I en bepaalde hoofdstukken van deel II bieden minstens een grondige introductie op de regeling van tal van vormen van op een

rechtsgevolg gericht eenzijdig handelen naar Duits en Engels recht.

Caroline Cauffman⁹
Maastricht, augustus 2017

1. C.A.N.M.Y. Cauffman, *De verbinden-de eenzijdige belofte* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2005.
2. Jacques Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral* (diss. Toulouse), Parijs: LGDJ 1951.
3. Oorspronkelijk de zgn. Vierde Richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978, *PbEG* 1978, L 222/11, 14 augustus 1978 inmiddels vervangen door Richtlijn 2013/34/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 juni 2013, *PbEU* 2013, L 182/19, 29 juni 2013.
4. HR 3 december 1999, *JOR* 2000/17 (*LISV*).
5. *NJ* 2010/653, *JOR* 2011/63 (*ING/Nederend q.q.*).
6. R.o. 3.5.
7. Zie naast de werken geciteerd in voetnoten 1 en 2 o.a.: J.-L. Aubert & S. Gaudemet, *Répertoire de droit civil, v° Engagement unilatéral de volonté*, Parijs: Dalloz 2012 (update uit 2016); M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, I, Contrat et engagement unilatéral*, Parijs: PUF 2016; J.-L. Aubert, J. Flour & E. Savaux, *Les obligations, I, L'acte juridique*, Parijs: Dalloz-Sirey 2017; M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, Aix-Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille 1995; C. Jamin & D. Mazeaud (red.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, in: *Etudes Juridiques*, Parijs: Economica 1999; W. Van Gerven & A. Van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Acco 2015; P. Van Ommeslaghe, *Traité de droit civil belge, II, Les obligations*, Brussel: Bruylant 2013.
8. Vgl. V. Mak, 'De eenzijdige rechtshandeling', *MvV* 2017, afl. 1, p. 37-38.
9. Dr. C.A.N.M.Y. Cauffman is hoofd-docent Universiteit Maastricht.

F.J.L. Kaptein, Pandrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht

*Diss. Groningen, promotor
prof. mr. F.M.J. Verstijlen,
Den Haag: Boom Juridische
uitgevers 2016, 388 p., ISBN
978-94-6290-273-2.*

1. Inleiding

F.J.L. Kaptein promoveerde op 23 juni 2016 in Groningen op een proefschrift met de titel *Pandrecht. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de gevolgen van het vuistloze en stille karakter van het pandrecht*. In de afgelopen jaren zijn al verschillende proefschriften verdedigd over het pandrecht, maar Kaptein kiest voor een andere invalshoek. De ondertitel wekt de indruk dat het boek gaat over het ontbreken van publiciteit aan (de vestiging van) pandrechten, maar uit de opbouw en inhoud van zijn boek blijkt dat het onderzoek méér omvat. De centrale onderzoeksvraag is 'of de huidige regeling van het pandrecht problemen oplevert en zo ja, op welke wijze zij moet worden herzien' (p. 1). Het onderzoek bestaat uit drie delen die in totaal zijn opgebouwd uit elf hoofdstukken. Het eerste deel (hoofdstuk 2-5) behandelt de vestiging van pandrechten. Deel twee (hoofdstuk 6 en 7) gaat in op de executie van pandrechten. Het derde en laatste deel (hoofdstuk 8-11) bevat aanbevelingen om de regeling van het pandrecht te herzien. Het proefschrift is eerder besproken door Oppedijk van Veen en Verdaas.¹ In deze bespreking sta ik stil bij enkele van de door Kaptein besproken knelpunten en voorstellen tot herziening van de huidige regeling van het pandrecht.

2. De vestigingsvereisten van het pandrecht

Kaptein signaleert in zijn inleiding dat pandrechten tot stand kunnen komen zonder dat derden daarvan kennis kunnen nemen. Hij onderzoekt in hoofdstuk 2 in hoeverre dit 'kwalijk' is. Hij stelt vast dat stille pandrechten geen valse schijn van kredietwaardigheid wekken jegens

concurrente schuldeisers (p. 38).

Ook meent hij dat derde-verkrijgers geen nadeel ondervinden van stille pandrechten, als gevolg van derdenbeschermingsbepalingen (p. 60). Derde-verkrijgers zijn meestal niet op de hoogte van stille pandrechten en artikel 3:86 lid 2 BW beloont hun goede trouw. In de hoofdstukken 3, 4 en 5 legt Kaptein de verschillende vereisten voor de vestiging van het pandrecht onder de loep en probeert hij de motieven daarvoor bloot te leggen. Daarvoor maakt hij steeds gedegen gebruik van de wetsgeschiedenis en literatuur van de 20e eeuw. Vervolgens stelt hij telkens de vraag of het vestigingsvereiste het door de wetgever beoogde doel bereikt en of dit vereiste moet worden gehandhaafd, aangepast of geschrapt. Zo concludeert hij tot afschaffing van zowel het registratievereiste van de pandakte (p. 87) als het vereiste van een pandakte zelf (p. 91). In hoofdstuk 9 beargumenteert hij dat een vormvrije overeenkomst en beschikkingsbevoegdheid voldoende zouden moeten zijn voor de vestiging van een pandrecht.

3. Het facultatieve registerpandrecht

Kaptein is niet alleen voorstander van de *afschaffing* van een aantal vestigingsvereisten, maar ook van de *invoering* van een registerpandrecht. Hij meent namelijk dat de pandhouder bescherming verdient tegen het tenietgaan van diens pandrecht door derdenbescherming. De openbare registratie van pandrechten kan de goede trouw van derden verhinderen (p. 247). Inschrijving dient niet constitutief te zijn voor de vestiging of noodzakelijk voor tegenwerpbaarheid aan derden, maar facultatief. Pandhouders kunnen ervoor kiezen om hun pandrechten te registreren,

bijvoorbeeld als de verpande zaken slechts incidenteel als koopwaar fungeren (p. 257). In het register moet dan te zien zijn wie de pandgever is en welke zaken zijn verpand. De hamvraag bij een registerpandrecht is altijd wie geacht wordt het register in te zien. Kaptein schrijft dat een praktijk zich zal moeten ontwikkelen 'waarbij men bijvoorbeeld bij waardevolle zaken in het pandregister zal moeten kijken' (p. 248). Kaptein geeft aan dat registratie derdenbescherming van een derde-verkrijger niet per definitie verhindert. Of een derde-verkrijger het register moet raadplegen, is een vraag die volgens Kaptein zich oplost in de vraag of de derde-verkrijger te goeder trouw is (p. 257). Ik begrijp deze opmerking als volgt. Een verkrijger moet naar huidige recht op grond van artikel 3:11 BW, afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, nader onderzoek doen naar de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. In veel gevallen kan hij niet meer doen dan navragen bij de vervreemder, omdat de voorgeschiedenis van veel roerende zaken niet te traceren is.² Als er een pandregister bestaat, zou een verkrijger in bepaalde gevallen dat register moeten inzien, of de registratie tegen zich laten gelden. Van deze verkrijgers wordt een extra inspanning verwacht. Ik vraag me af of daardoor een vlot verlopend handelsverkeer niet in het gedrang zal komen. De praktische haalbaarheid is in de eerste plaats afhankelijk van de aanduiding van de verpande zaken. De aanduiding hoeft op zich niet problematisch te zijn. Veel roerende zaken, zoals auto's en elektronische apparatuur, beschikken immers over een uniek productie- of registratienummer van de fabrikant. De vraag is alleen hoe specifiek partijen de zaken

moeten aanduiden. De schuldenaar die al zijn bestaande en toekomstige zaken als pandobject aanmerkt, biedt duidelijkheid. Iedere verkrijger weet dan dat alle zaken zijn verpand. Of worden partijen toch geacht alle productienummers aan te duiden of op een andere manier zaken specifiek aan te duiden? Het ligt voor de hand dat een pandhouder alleen pandrechten op waardevolle zaken registreert, maar wanneer hij toch de moeite van registratie neemt, kan hij evenwel ook pandrechten op minder waardevolle zaken registreren. Dienen verkrijgers daarvan ook het register in te zien? Voor een auto ligt inzage waarschijnlijk voor de hand, maar wat als de verkrijger slechts een motorblok koopt dat uit de auto is gehaald, of de banden met velgen die al zijn losgemaakt? Gaat de verkrijger die zaken terug kunnen vinden in het register als hij zoekt op de naam van de vervreemder? Is het wenselijk dat een verkrijger die zijn wederpartij heeft gevonden via een onlineverkoopplatform (en daardoor mogelijk gehouden is nader onderzoek te verrichten naar de beschikkingsbevoegdheid van de wederpartij) steeds alle serienummers in het register moet controleren? Kaptein werpt deze vragen helaas niet op in zijn proefschrift. Daardoor blijft ook het antwoord op de vraag naar de praktische haalbaarheid van het registerpandrecht onbeantwoord.

Een pandhouder kan bovendien ook zonder een registerpandrecht maatregelen treffen om te voorkomen dat zijn zekerheid wordt uitgehold. Een vervreemding om baat van verpande zaken hoeft de pandhouder niet te schaden als hij de vorderingen tot betaling van de koopprijs bij voorbaat aan zich laat verpanden of de opbrengst direct krijgt. Verder kan hij bij niet-courante zaken de goede trouw van latere verkrijgers en vuistpandhouders verhinderen door zijn onderpand te oormerken. Een schuldeiser met een stil pandrecht op een auto kan bedingen dat hij het overschrijvingsbewijs of de tenaamstellingscode onder zich houdt.³ Een schuldeiser met een pandrecht op bepaalde machines kan het bestaan van zijn pandrecht openbaren door de machines te laten graveren of controle over essentiële software uit te oefenen (kill switch), enz.

Kaptein gaat, voor zover ik kan vaststellen, niet expliciet in op de vraag of een vuistpandhouder (of een stil pandhouder die de verpande zaak onder zich neemt) te goeder trouw kan zijn ondanks een ouder geregistreerd pandrecht. Alleen bij de bespreking van de verhoudingen tussen registerpandrechten besluit hij met de volgende zin: 'Een en ander leidt mij tot de conclusie dat een ouder registerpandrecht altijd voor een jonger (register)pandrecht dient te gaan' (p. 263). Kennelijk wordt een latere vuistpandhouder niet beschermd tegen een registerpandrecht.

Een vuistpandhouder die naar geldend recht kan vermoeden dat een zaak reeds aan een ander is verpand, zal in beginsel nader onderzoek moeten verrichten. Nu hij geen register kan inzien, moet hij op een andere manier aan zijn informatie komen. Artikel 3:11 BW tweede volzin bepaalt immers expliciet: 'Onmogelijkheid van onderzoek belet niet dat degene die goede reden tot twijfel had, aangemerkt wordt als iemand die de feiten of het recht behoorde te kennen.' Een pandregister zou een oplossing voor dit probleem kunnen zijn. Toch zijn er, anders dan Kaptein stelt, situaties denkbaar dat een latere vuistpandhouder toch een hogere rang krijgt dan een eerdere registerpandhouder. Te denken valt aan een vuistpandhouder die tevens retentor is én zijn retentierecht kan tegenwerpen aan de eerdere registerpandhouder.⁴

Doordat veel vragen onbeantwoord blijven, overtuigt Kapteins pleidooi voor een facultatief registerpandrecht niet. Helaas ontbreekt ook een bespreking van het binnenkort in te voeren Belgische registerpandrecht en de discussie aldaar over de door Kaptein besproken twistpunten. Hetzelfde geldt voor het registerpandrecht van het UCC dat Kaptein nagenoeg onbesproken laat (p. 256, noot 41).

4. Executie van pandrechten

In het tweede deel van zijn proefschrift onderwerpt Kaptein de executiebevoegdheid van de pandhouder aan een nader onderzoek. Hij geeft daarbij een gedegen overzicht van de executiebevoegdheden van zekerheidshouders in Frankrijk, Nederland en Duitsland. Uit deze vergelij-

king volgt dat de Nederlandse separatistenpositie sterk afwijkt van het Franse en Duitse stelsel waar de tegeldemaking van verpande goederen bij de curator ligt. Volgens Kaptein heeft de invoering van het stille pandrecht in 1992 ertoe geleid dat pandhouders veel meer dan voorheen zaken aan de boedel onttrekken die noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming (p. 180). Kaptein gaat er echter aan voorbij dat dergelijke zaken vóór 1992 tot zekerheid werden overgedragen en de zekerheidseigenaar ook separatist was.

Kaptein onderzoekt vervolgens of de separatistenpositie kan worden beperkt om een eventuele doorstart te faciliteren, zonder de positie van financiers te verslechteren (p. 182). Hij stelt namelijk vast dat een inperking van de executiebevoegdheden van de pandhouder in de Franse en Duitse literatuur niet als bezwaarlijk wordt ervaren. De door een Duitse curator gegenereerde executieopbrengst van verpande goederen komt, na inhouding van een percentage voor de inspanning, toe aan de pandhouder. Kaptein pleit uiteindelijk niet voor een beperking van de separatistenpositie in Nederland, omdat hij van mening is dat aanvullend rechtseconomisch onderzoek nodig is naar de gevolgen van een eventuele beperking (p. 191). Dit is op zich een begrijpelijke, maar een in samenhang met Kapteins pleidooi voor de herziening van het pandrecht vreemde conclusie.

5. Het substitutiepandrecht

Kaptein bepleit de uitbreiding van de separatistenpositie door de invoering van een pandrecht op de opbrengst van de verkoop van verpande roerende zaken, als een ander dan de pandhouder de zaken executeert (p. 305). Op dit moment is het in een faillissement gebruikelijk dat een curator in overleg met de pandhouder overgaat tot verkoop van verpande zaken (oneigenlijke lossing). De curator houdt een vergoeding voor de executie in en keert de rest van de opbrengst uit aan de pandhouder. Als de curator echter verpande roerende zaken executeert zonder te overleggen, of verpande vorderingen actief int, handelt hij onrechtmatig. De pandhouder krijgt dan een boedelvordering met de aan zijn pand-

recht verbonden voorrang voor de schade die hij hierdoor lijdt.⁵ Deze boedelvordering met voorrang wordt echter pas voldaan na de kosten van executie en vereffening. Dit kan ertoe leiden dat een curator profiteert van het frustreren van het recht van de pandhouder (p. 310). Kaptein bepleit onder meer voor dit geval de invoering van een pandrecht op executieopbrengst. De pandhouder krijgt dan niet alleen voorrang op de opbrengst, maar een volwaardig pandrecht dat hij kan uitwinnen. Het door Kaptein verdedigde goederenrechtelijke middel lijkt overdadig in een faillissement. Ligt het niet meer voor de hand om, als verpande goederen reeds zijn geëxecuteerd, de opbrengst anders te verdelen als de uitkomst oneerlijk is? Zo is het denkbaar de pandhouder toch een superboedelvordering te geven.⁶

6. Artikel 3:239 lid 1 BW en het vermeende evenwicht

Kaptein staat uitvoerig stil bij de beperking van artikel 3:239 lid 1 BW. Deze houdt in dat een toekomstige vordering slechts bij voorbaat kan worden verpand indien zij rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding. Hij schrijft dat de wetgever een zeker evenwicht heeft willen bewerkstelligen tussen schuldeisers mét en schuldeisers zónder zekerheid (p. 152). Het idee achter de beperking van artikel 3:239 lid 1 BW zou zijn dat een deel van de vorderingen onbezwaard in de faillissementsboedel zou vallen en ten goede kan komen aan de gezamenlijke schuldeisers. Eenzelfde analyse treffen we aan in de conclusie van A-G Timmerman voor het arrest *Van Leuven/ING* waarin hij schreef dat het 'de bedoeling van de wetgever was dat van de taart een flinke punt gereserveerd zou blijven voor de concurrente schuldeisers'.⁷ Mijns inziens ging de minister er toch al van uit dat er nagenoeg niets van de opbrengst van vorderingen voor concurrente schuldeisers zou overblijven, toen hij opmerkte dat de praktijk gebruik zou blijven maken van cessielijsten om periodiek alle vorderingen tot zekerheid te cederen.⁸ Nu in de huidige praktijk blijkt dat er nagenoeg niets voor concurrente schuldeisers overblijft, bepleit Kaptein de afschaffing van

de beperking van artikel 3:239 lid 1 BW. Kaptein is van mening dat tegenover de afschaffing een poging tot herstel van het evenwicht tussen schuldeisers met zekerheid en schuldeisers zonder zekerheid dient te staan (p. 157). Bovendien stelt Kaptein dat schrapping van de beperking van artikel 3:239 lid 1 BW zal kunnen voorkomen dat discussies ontstaan over het antwoord op de vraag wanneer een vordering of een rechtsverhouding ontstaat (p. 157). Toch zal deze discussie altijd blijven bestaan, zij het op een ander moment. Het ontstaansmoment blijft relevant, omdat vorderingen die zijn ontstaan na een faillietverklaring onbezwaard in de faillissementsboedel vallen op grond van artikel 35 Fw.

7. Herstel van het evenwicht tussen schuldeisers met en zonder zekerheid

In hoofdstuk 10 stelt Kaptein de zoektocht naar een nieuw evenwicht tussen schuldeisers mét en schuldeisers zónder zekerheid centraal. Het is een gegeven dat in een faillissement nauwelijks iets overblijft voor concurrente schuldeisers. De oorzaak daarvoor ziet hij in 'de steeds meer naar een generaal zekerheidsrecht tenderende zekerheidspositie van zekerheidsnemers' (p. 38). Deze verklaring overtuigt niet. Generale, of allesomvattende zekerheid is van alle tijden.⁹ Ook onder het OBW kon een schuldenaar al zijn bestaande en toekomstige roerende zaken bij voorbaat tot zekerheid overdragen.¹⁰ Het is denkbaar dat geseceureerde schuldeisers voorheen meer overgesecureerd waren en de debt-to-equity-ratio anders was. Zo zijn bepaalde ondernemingen tegenwoordig meer dan vroeger gefinancierd met vreemd vermogen.¹¹ Kaptein bespreekt onder meer de doorbreking van de prioriteitsregel en carve-out, maar bepleit niet de ene of de andere oplossing. Hij concludeert dat het zoeken van een nieuw evenwicht moet berusten op overwegingen omtrent efficiëntie en rechtvaardigheid (p. 303).

8. Conclusie

De eerste twee delen van Kapteins proefschrift, over de vestiging en executie van pandrechten, getuigen van grondig (rechtsvergelijkend)

onderzoek. Bovendien zet Kaptein op heldere en overtuigende wijze uiteen hoe de regeling van het pandrecht kan worden verbeterd met enkele kleine wettelijke ingrepen. Kapteins bestudering van het pandrecht brengt veel van de in de afgelopen 25 jaar gevoerde debatten samen én verder. Het derde deel, waarin Kaptein de wetgever tot ingrijpende herzieningen uitnodigt, zoals de introductie van een registerpandrecht en substitutiepandrecht, is minder goed beargumenteerd en roept, zoals ik hierboven heb geïllustreerd, meer vragen op dan het beantwoordt. Het derde deel vormt daardoor een interessant vertrekpunt voor verdere discussie over dit onderwerp.

V.J.M. van Hoof¹²

Nijmegen, augustus 2017

1. Vgl. de recensies van het proefschrift van Kaptein door E.J. Oppedijk van Veen in *MvV* 2017/1 en A.J. Verdaas, in *TvI* 2017/24.
2. Anders is dat uiteraard bij auto's. Zie: HR 4 april 1986, *NJ* 1986/810, m.nt. W.M. Kleijn (*Apon/Bisterbosch*); HR 11 oktober 2002, *NJ* 2003/399, m.nt. W.M. Kleijn (*Bull's Eye/Chrysler*); HR 7 oktober 2005, *NJ* 2006/351, m.nt. W.M. Kleijn (*Coppes/Van de Kolk*); HR 21 oktober 2011, *JOR* 2011/383, m.nt. B.A. Schuijling (*DFM/Mobiel Lease*).
3. HR 21 oktober 2011, *JOR* 2011/383, m.nt. B.A. Schuijling (*DFM/Mobiel Lease*).
4. Zie V.J.M. van Hoof, 'De bescherming van een vuistpandhouder en retentor tegen een eerder gevestigd stil pandrecht', *NTBR* 2013/29, p. 252-258.
5. HR 30 oktober 2009, *JOR* 2009/341 (*Hamm q.q./ABN Amro*). Vgl. Hof Amsterdam 28 mei 1999, *JOR* 1999/13.
6. Vgl. HR 5 september 1997, *NJ* 1998/437, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 1997/102, m.nt. De Liagre Böhl en Faber (*Ontvanger/Hamm q.q.*); HR 7 juni 2002, *NJ* 2002/608, m.nt. Vranken, *JOR* 2002/147, m.nt. Boekraad (*Komdeur q.q./NN*); HR 8 juni 2007, *NJ* 2007/419, m.nt. Van Schilfgaarde, *JOR* 2007/221, m.nt. Stenekker (*Van der Werf q.q./BLG*).
7. HR 1 februari 2013, *NJ* 2013/156, punt 3.47 van de conclusie van A-G L. Timmerman.
8. *MvA II Inv. Parl. Gesch. Boek 3 BW* (Inv. 3,5 en 6), p. 1337.
9. V.J.M. van Hoof, *Generale zekerheidsrechten in rechtshistorisch perspectief* (Serie Onderneming en Recht, deel 86), Deventer: Wolters Kluwer 2015.

10. HR 13 maart 1959, *NJ* 1959/579, m.nt. L.E.H. Rutten (*Van Vliet q.q./AB*).
 11. R.J. de Weijers, 'Wanorde? Hoe het faillissementsrecht zich tegen schuldeisers

dreigt te keren (oratie UvA)', *Ondernemingsrecht* 2016/123, p. 608; E.J. Oppedijk van Veen, *MvV* 2017/1, p. 22.

12. Mr. V.J.M. van Hoof is docent en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit.

Sietske Dijkstra, De rechter als evenwichtskunstenaar. De vrijheid van de rechter om zijn persoonlijke meningen en overtuigingen te uiten

*Diss. Heerlen, promotoren
 prof. dr. H.C.G. Spoormans
 en prof. dr. L.E. de Groot-
 van Leeuwen, Den Haag:
 Boom Juridische uitgevers
 2016, 380 p., ISBN
 978-94-6290-231-2.*

1. Relevantie

In juli 2016 ontstond er enige ophef over een door sommigen als ongepast ervaren tweet van een Nederlandse rechter. Zij refereerde daarin enigszins badinerend (mijn kwalificatie, MK) aan het feit dat een pretpark was beticht van racisme. Nog geen zes maanden later sloot diezelfde rechter haar toen bijna zeven jaar gebruikte Twitter-account af, nadat zij door het bestuur van haar rechtbank was aangesproken op een tweet waarin zij de uitverkiezing van Geert Wilders tot politicus van het jaar kwalificeerde als 'knettergek'. 'De onpartijdigheid van een rechter moet bij het publiek boven alle twijfel verheven zijn,' zo zei, volgens *NRC Handelsblad*, een woordvoerder van de rechtbank naar aanleiding van dat aanspreken, en hij of zij voegde daaraan toe dat er geen heldere grenzen zijn voor twitterende rechters.¹

Het lijkt dan ook geen twijfel dat het hier beschouwde proefschrift, dat verdedigd werd in de periode tussen deze twee gebeurtenissen, actueel is. We kunnen ook constateren dat het voor de discussie over de uitsingsvrijheid van de rechter relevant is: het trok de aandacht van de algemene pers en het was aanleiding voor een aantal artikelen in *Rechtstreeks* waarin de conclusies van de jonge doctor werden bestreden.² Of het ook voor de individuele rechter of de rechterlijke organisatie relevant is, in die zin dat het bruikbare handvatten geeft voor het beoordelen wat nu precies de grenzen van

de uitsingsvrijheid zijn, zal in deze beschouwing aan de orde komen.

2. Opzet en uitvoering

De vraag die in dit proefschrift centraal staat, is die naar de persoonlijke uitsingsvrijheid van de rechter, oftewel: 'Welke ruimte heeft de rechter om uitdrukking te geven aan wat hij denkt, vindt en gelooft' (p. 13).³ Deze vraag wordt in het eerste hoofdstuk, op basis van een verkennende blik op de literatuur en het debat, uiteengezet in drie deelvragen betreffende de vrijheid van de rechter om zijn⁴ persoonlijke meningen, opvattingen en idealen te uiten:

- Wat kan hierover met het positieve recht worden gezegd?
- Wat kan hierover met de sociale praktijk van de rechtspraak worden gezegd?
- Wat kan hierover met de ethiek worden gezegd?

Het antwoord op de eerste vraag wordt in de hierop volgende delen van het proefschrift gezocht via een analyse van de Nederlandse wet en rechtspraak, rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en nationale en door Dijkstra als *soft law* gekarakteriseerde internationale richtlijnen. Voor het beantwoorden van de tweede vraag analyseert Dijkstra aan de hand van literatuur (in zeer brede zin) een aantal ontwikkelingen in de organisatie van de rechtspraak en in het beeld van/het denken over de rechter. De derde vraag benadert ze door vanuit drie ethische tradities (de utilistische, de deontologische

en de deugdedithische) naar de rechter te kijken en de drie opvattingen die daaruit naar voren komen in een fictief debat met elkaar te confronteren.

Voor het antwoord op deze deelvragen en, uiteindelijk, de onderzoeksvraag moet de lezer wachten op – of vooruitspringen naar – het slothoofdstuk. Hierin brengt Dijkstra de bevindingen uit de drie voorgaande delen bij elkaar, trekt een aantal conclusies en doet enkele aanbevelingen.

In deze beschouwing volg ik deze opbouw, waarbij ik wel per deel een voorlopig oordeel geef. Een meer overkoepelend oordeel bewaar ik tot het einde.

3. Het positieve recht

De analyse van wat het positieve recht te melden heeft over de uitsingsvrijheid van de rechter is neergeslagen in drie hoofdstukken die tezamen ruim 100 pagina's beslaan. Het eerste van deze drie hoofdstukken is gewijd aan de Nederlandse situatie. Besproken worden de juridische basis (Grondwet en Wet algemene bepalingen) en de uitwerking daarvan in de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren, het Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren en de Wet op de rechterlijke organisatie. Bijzondere aandacht wordt besteed aan het tuchtrecht (waarbij ook het in 2014 ingediende wetsvoorstel aan de orde komt dat beoogt hierin wijziging te brengen) en aan de bepalingen rond het ambtskostuum (naar aanleiding van de discussie over het dragen van